

STUDY ANALISIS KEABSAHAN PERDA SYARIAT DALAM PRESPEKTIF TEORI HIRARKI NORMA HUKUM

Oleh :
Abdul Hadi.SH., M.H¹

Abstract

The fourth paragraph of the 1945 Constitution Preamble states the goals of the Unitary State of Indonesian Republic, i.e. protecting all the Indonesian people, advancing public welfare, developing the Indonesian people intelligence, and participating in creating global orders. It means that the pluralist and heterogeneous State of Indonesia guarantees and protects its citizens' rights regardless of the differences in religions, tribes, races, sex, and groups. Therefore, every legislation material under the Constitution shall guarantee the protection of its citizens' rights regardless of the differences. In order to guarantee the harmonious certainty of content materials of legislations among the Constitution and legislations under it, Indonesia holds the theory of leveled or graded norms or The theory of Stufenbau De Recht or The Hierarchy of Law by Hans Kelsen and the theory of Die Stufenbau de Rechtsordnung or Die Stufennaufbau der Rechnormen by Hans Nawiasky. It means that lower regulations must be based on and must not contradict with higher regulations. Based on the theories, a local government regulation will be valid if it is made by an institution or an authority that is authorized to enact it and is based on and/or must not contradict with higher legal norms.

Keywords: the Unitary State of the Indonesian Republic, protecting citizens' rights, the legislation hierarchy, local regulations, and valid.

A. PENDAHULUAN

Gagasan awal untuk memperkuat pelaksanaan Otonomi Daerah dengan ditetapkannya Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah yang kemudian diganti dengan Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004, dan sekarang diganti lagi dengan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2014 tentang Pemerintahan

¹ Penulis adalah Dosen Tetap Prodi Akhwal al-Syahsyiyah Sekolah Tinggi Agama Islam Raden Qosim Lamongan.

Daerah dalam bingkai Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI) sejatinya adalah dimaksudkan untuk meningkatkan kesejahteraan sosial masyarakat dengan ciri utama partisipasi seluruh masyarakat dan keterbukaan informasi oleh penyelenggara pemerintahan daerah kepada masyarakat. Atau dengan kata lain adalah untuk mempercepat tercapainya cita-cita dan tujuan Negara sebagaimana termaktub dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945.²

Dalam Pembukaan Undang Undang Dasar 1945 terutama alinea keempat memuat mengenai tujuan Negara yang antara lain melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, dan untuk memajukan kesejahteraan umum, serta mencerdaskan kehidupan bangsa.³ Hal ini mengandung makna bahwa Negara Indonesia yang pluralis dan heterogen sangat menjamin dan melindungi hak-hak warganya dalam Negara kesatuan tanpa memandang perbedaan agama, suku, ras, jenis kelamin, dan golongan. Hal ini diatur lebih lanjut dalam batang tubuh Undang-Undang Dasar 1945.

Dengan diberikannya kewenangan luas pada daerah sebagaimana diatur dalam Undang-undang Nomor 23 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah sebagaimana telah dijelaskan diatas, daerah seolah berlomba-lomba untuk mengatur rumah tangganya dengan mengeluarkan beraneka macam kebijakan daerah dengan mengatasnamakan otonomi daerah. Para pendiri Negara telah mengonsepsikan bahwa Negara Republik Indonesia merupakan Negara berdasar hukum, Negara yang demokratis (berkedaulatan rakyat), berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, dan berkeadilan sosial. bagian dari Negara Kesatuan Republik Indonesia. Padahal para pendiri negara telah mengonsepsikan bahwa Negara Republik Indonesia merupakan Negara berdasar hukum, Negara yang demokratis (berkedaulatan rakyat), berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, dan berkeadilan sosial.

Dengan demikian konsep Negara Kesatuan Republik Indonesia menurut UUD 1945 ialah Negara Hukum Pancasila, yaitu konsep Negara hukum di mana satu pihak harus memenuhi kriteria dari konsep negara hukum pada umumnya, yaitu memenuhi unsur-unsur

² Penjelasan Umum Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999 dan Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang pemerintahan Daerah.

³ Selengkapny lihat Alinea ke empat Pembukaan UUD 1945.

dari negara hukum (*rechtstaat*), menurut freidrich Julius stahl, ada empat unsur, yaitu:

1. Perlindungan hak asasi manusia;
2. pemisahan atau pembagian kekuasaan untuk menjamin hak-hak itu;
3. pemerintahan berdasar peraturan perundang-undangan (asas legalitas); dan
4. peradilan administrasi dalam perselisihan.

Dilain pihak, Negara Hukum Pancasila harus diwarnai oleh aspirasi-aspirasi ke -Indonesian yaitu lima nilai fundamental dari Pancasila.⁴ Dengan kata lain, dalam sebuah Negara Hukum menentukan ada batas-batas kekuasaan dari hak pemerintah. Segala tindakan dari penguasa harus berdasarkan serta bersumber dari peraturan perundang-undangan. Penguasa tidak boleh keluar dari rel aturan atau batas-batas patokan yang sudah ditentukan dalam perundang-undangan.

Dengan banyak bermunculannya Peraturan Daerah yang bermuatan syariat diberbagai daerah di Indonesia setelah dilaksanakannya Undang-Undang Nomor 23 tahun 2014 tentang Pemerintahan Daerah, Berpotensi akan memunculkan persoalan baik secara politik, social maupun secara hukum. Secara politik maraknya peraturan daerah yang bermuatan syariat diberbagai daerah di Indonesia dikawatirkan akan mengulang ketegangan hubungan masa lalu antara agama dan Negara. Yaitu ketika kelompok islam formalis gagal memasukkan syariat islam dalam konstitusi nasional, maka dialihkan ke tingkat daerah dengan membuat perda-perda. Sehingga pada akhirnya akan mengancam keutuhan Negara Kesatuan Republik Indonesia dengan ideologi Pancasila.

Dari uraian dalam latar belakang diatas dapat dibuat rumusan masalah sebagai berikut "Keabsahan Peraturan Daerah yang Bermuatan Syariat dalam Sistem Perundang-Undangan Indonesia."

Untuk menjawab permasalahan tersebut, dapat di analisa dengan menggunakan Teori Negara Kesatuan Pancasila, Teori Kewenangan, Teori Hierarki Norma Hukum..Pendekatan perundang-undangan dimaksudkan untuk mencari dasar aturan yang relevan

⁴ A.Mukti Fajar, *Konsep Negara Hukum dan Pembangunan*, master thesis, 1985, hal. 86.

sedangkan pendekatan konsep dilakukan untuk mengkaji pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang dan relevan dengan permasalahan yang diteliti. Kepastian hukum menunjuk kepada pemberlakuan hukum yang jelas, tetap, konsisten dan konsekuen, yang pelaksanaannya tidak dapat dipengaruhi oleh keadaan-keadaan yang sifatnya subjektif. Kepastian hukum juga merupakan tujuan dari setiap undang-undang. Kepastian hukum akan tercapai apabila kata dan kalimat undang-undang tersusun sedemikian jelasnya sehingga tidak menimbulkan penafsiran yang berbeda-beda. Kepastian hukum memiliki kaitan erat dengan penegakan hukum. Penegakan hukum itu sendiri merupakan suatu proses untuk mewujudkan keinginan-keinginan hukum menjadi kenyataan.

B. PEMBAHASAN

1. Pengertian Peraturan Daerah Yang Bermuatan Syariat

Peraturan Daerah yang bermutana syariat yang lebih lumrah disebut perda syariat tidak hanya memunculkan perdebatan dalam pelaksanaannya, tetapi juga dalam pengertiannya. Oleh karena itu untuk memudahkan pemahaman tentang perda syariat sebagaimana dibahas dalam tesis ini, maka kiranya perlu dilakukan klasifikasi dan pembatasan perda syariat sebagaimana dimaksud dalam penulisan tesis ini.

Secara umum, peraturan daerah yang bermuatan syariat atau perda syariat sering dimaknai sebagai peraturan daerah yang materinya diambil dari ketentuan-ketentuan legal syariat islam, baik yang bersifat tekstual maupun substansi ajarannya.⁵ Akan tetapi pengertian ini belum bisa menjelaskan secara rinci berbagai jenis perda yang menjadi perdebatan. Untuk itu berikut ini disebutkan klasifikasi berbagai jenis perda syariat dalam tiga kategori.

Pertama, jenis perda yang terkait dengan moralitas masyarakat secara umum. Meskipun menyangkut moral, namun mautan materi perda jenis ini sebenarnya menjadi konsen semua agama. Sebagai contoh perda jenis ini misalnya

⁵ Rumadi, *Perda Syariat Islam: Jalan Lain Menuju Negara Islam?*, artikel dimuat dalam *Journal Tashwirul Afkar*, edisi no. 20 tahun 2006, Lakpesdam NU, Jakarta, 2006, hal. 4.

perda tentang anti pelacuran atau yang lebih dikenal dengan sebutan perda anti maksiat. Untuk perda jenis ini letak permasalahannya bukan pada aspek keislamannya sebab perda ini menyangkut moralitas masyarakat secara umum, tetapi apakah perda jenis ini dapat menyelesaikan persoalan atau justru dapat menyelesaikan masalah atau apakah perda ini mampu menjamin keadilan justru membuka peluang tindakan yang diskriminatif.

Kedua, peraturan daerah yang terkait dengan *fashion* atau mode pakaian lainnya seperti keharusan memakai jilbab dan jenis pakaian lainnya ditempat-tempat tertentu, seperti Peraturan Daerah Kabupaten Bulukumba Nomor 05 tahun 2003 tentang Berpakaian Muslim dan Muslimah. Berbeda dengan perda jenis pertama, perda jenis kedua ini sangat jelas tipikal *keislamannya* sehingga orang akan dengan mudah mengidentifikasi sebagai perda syariat.

Ketiga, peraturan daerah yang mengatur tentang keterampilan beragama islam, seperti perda tentang keharusan pandai baca tulis al-Qur'an, perda keharusan belajar di Madrasah Diniah Awwaliyah, perda tentang Zakat, Infaq, dan Shadakah. Seperti Peraturan Daerah Sulawesi Selatan Nomor 4 tahun 2006 tentang Pendidikan Al-Qur'an di Sulawesi Selatan, Peraturan Daerah Kabupaten Bandung Nomor 9 tahun 2005 tentang Zakat, Infaq, dan Shadaqoh, Peraturan Daerah Kabupaten Garut Nomor 1 Tahun 2003 tentang Pengelolaan Zakat, Infaq, dan Shadaqah, dan Peraturan Daerah Kabupaten Banjarmasin Nomor 13 Tahun 2003 tentang Larangan Kegiatan Pada Bulan Ramadhan sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Daerah Nomor 4 tahun 2005. Sebagaimana jenis perda kedua diatas, Perda jenis ini juga sangat tipikal islam sehingga tampak sekali kepentingan islam mendominasi dibentuknya perda tersebut. Peraturan daerah jenis kedua dan jenis ketiga inilah yang menjadi materi bahasan dalam pembuatan tesis ini.

2. Keabsahan Peraturan Daerah yang Bermuatan Syariat dinilai dari Peraturan Perundang-undangan.

Keabsahan dalam lapangan hukum pemerintahan dikenal dengan istilah *rechtmatigheid*. Sedangkan lawannya

dikenal dengan istilah *onrechtmatig* atau cacat yuridis (untuk lapangan hukum administrasi) atau perbuatan melanggar hukum (untuk lapangan hukum perdata).⁶

Keabsahan suatu tindak pemerintahan (termasuk didalamnya pembentukan peraturan daerah) dapat diketahui dan diukur dari terpenuhinya tiga unsur utama asas *rechtmatigheid van bestuur*, yaitu unsur kewenangan, unsur prosedur, dan unsur substansi.⁷ Dengan artian apabila suatu tindak pemerintahan membentuk peraturan daerah dilakukan berdasarkan atas kewenangan yang dimiliki, berdasarkan prosedur yang telah ditetapkan, dan secara substansial (materinya) tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi dan/atau kepentingan umum, maka tindak pemerintahan tersebut adalah sah atau *rechtmatig*. Tetapi sebaliknya jika salah satu atau keseluruhan dari ketiga unsur tersebut tidak terpenuhi, maka tindak pemerintahan tersebut adalah cacat yuridis atau *onrechtmatig*. Jika unsur yang tidak terpenuhi adalah unsur wewenang, maka dikenal dengan istilah cacat wewenang, jika yang tidak terpenuhi adalah unsur prosedurnya maka istilahnya adalah cacat prosedur, demikian juga jika yang tidak terpenuhi adalah unsur substansinya maka dikenal dengan istilah cacat substansi. Jadi ketiga unsur ini dapat dijadikan tolok ukur untuk menilai keabsahan dari suatu tindak pemerintahan termasuk didalamnya untuk menilai keabsahan peraturan daerah.

Berbicara mengenai keabsahan Peraturan Daerah sangat erat kaitannya dengan asas legalitas, sebagai salah satu kriteria dari konsep *Rechtsstaate*. Adapun yang dimaksud dengan Asas legalitas, menurut Indrawati dengan mengutip pendapatnya Philipus M Hadjon yang mengambil dari pendapatnya Burken, *et.al.* adalah setiap tindakan pemerintahan harus didasarkan atas dasar peraturan perundang-undangan. Dengan landasan ini, undang-undang dalam arti formal dan UUD sendiri merupakan tumpuan dasar tindak pemerintahan. Dalam

⁶ Philipus M Hadjon, *Klasifikasi dan Identifikasi Cacat Yuridis dalam Bidang Tata Usaha Negara*, Makalah, 1992, hal 2.

⁷ *Ibid*, hal 2.

hubungan ini pembentuk undang-undang merupakan bagian penting dari Negara hukum.⁸

Pelaksanaan dari asas legalitas tersebut dalam kaitannya dengan kewenangan pembentukan peraturan daerah mempunyai implikasi bahwa setiap tindakan pemerintah harus selalu dibatasi dan dilandasi dengan undang-undang. Hal ini tentunya dimaksudkan untuk kepastian hukum dan perlindungan hukum bagi masyarakat. Dengan asas legalitas ini melahirkan beberapa prinsip yang terkandung dalam tata urutan peraturan perundang-undangan yang harus diperhatikan kaitannya dengan pembentukan peraturan perundang-undangan termasuk didalamnya peraturan daerah.

Tentang beberapa prinsip yang terkandung dalam tata urutan peraturan perundang-undangan, Bagir Manan mengatakan ada lima prinsip yang terkandung dalam ajaran tentang tata urutan peraturan perundang-undangan, yaitu:

1. Peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi kedudukannya dapat dijadikan landasan atau dasar hukum bagi peraturan perundang-undangan yang lebih rendah atau berada di bawahnya.
2. Peraturan perundang-undangan tingkat lebih rendah harus bersumber atau memiliki dasar hukum dari suatu peraturan perundang-undangan tingkat lebih tinggi.
3. Isi atau muatan peraturan perundang-undangan yang lebih rendah tidak boleh menyimpangi atau bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi tingkatannya.
4. Suatu peraturan perundang-undangan hanya dapat dicabut atau diganti atau diubah dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau paling tidak dengan yang sederajat.
5. Peraturan-peraturan perundang-undangan yang sejenis apabila mengatur materi yang sama, maka peraturan terbaru harus diberlakukan, walaupun tidak dengan secara tegas dinyatakan bahwa peraturan yang lama itu dicabut.

⁸ Indrawati, *Menguji Peraturan Daerah yang Diskrimintaif (sutau tinjauan terhadap peraturan daerah kota Tangerang No. 8 Seri E tahun 2005 dan peraturan daerah kota Batam No. 6 tentang Ketertiban Sosial di Batam)*, Yuridika, Volume 21 No. 2, 2006, 176.

Selain itu peraturan yang mengatur materi yang lebih khusus harus diutamakan dari peraturan perundang-undangan yang lebih umum.⁹

Dari prinsip-prinsip yang terkandung tata urutan peraturan perundang-undangan sebagaimana pendapat Bagir Manan diatas, terdapat adanya tiga asas hukum, yaitu : 1) *Lex superior derogate legi inferiori* yang mempunyai maksud peraturan yang lebih rendah tingkatannya tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi tingkatannya atau peraturan yang lebih tinggi tingkatannya mengalahkan peraturan yang lebih rendah tingkatannya, 2) *Lex posterior derogate legi priori* artinya peraturan hukum yang lebih baru mengalahkan peraturan yang lebih dahulu dibuat, dan 3) *Lex Specialis derogate legi generalis* artinya peraturan yang lebih khusus mengalahkan peraturan yang lebih bersifat umum.

Kaitannya dengan menguji keabsahan peraturan daerah yang bermuatan syariat sebagaimana dalam bahasan ini, maka asas hukum yang dapat dipakai adalah asas hukum *lex superiori derogate legi inferiori* artinya peraturan hukum yang lebih rendah tingkatannya tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi tingkatannya atau peraturan yang lebih tinggi tingkatannya mengalahkan peraturan yang lebih rendah tingkatannya. Dalam hal ini muatan peraturan daerah tidak boleh bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi sebagaimana diatur dalam pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Nomor 10 tahun 2004 tentang Pembentukan peraturan Perundang-undangan, yaitu UUD 1945, UU/Perppu, Peraturan Pemerintah, dan Peraturan Presiden bari barikutnya adalah Peraturan Daerah.¹⁰

Berdasarkan ketentuan pasal 136 ayat (3) muatan materi peraturan daerah merupakan penjabaran lebih lanjut dari perundang-undangan yang lebih tinggi dengan memperhatikan kekhasan masing-masing daerah. Sedangkan pada pasal 136 ayat (4) nya dinyatakan bahwa pembuatan peraturan daerah

⁹ Bagir Manan, *Teori dan Politik Konstitusi*, Cetakan kedua, FH UII Press, yogyakarta, 2004, hal. 133.

¹⁰ Pasal 7 ayat (1) Undang Undang Nomor 10 tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

tidak boleh bertentangan dengan kepentingan umum dan atau peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Jadi jelas pasal ini menganut asas hukum *lex superiori derogate legi inferiori* artinya peraturan hukum yang lebih rendah tingkatannya (dalam hal ini peraturan daerah) tidak boleh bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi tingkatannya atau peraturan yang lebih tinggi tingkatannya mengalahkan peraturan yang lebih rendah tingkatannya.

Berkaitan dengan hal tersebut, jika dikaji Peraturan Daerah Kabupaten Bulukumba Nomor 05 tahun 2003 tentang Berpakaian Muslim dan Muslimah, Peraturan Daerah Sulawesi Selatan Nomor 4 tahun 2006 tentang Pendidikan Al-Qur'an di Sulawesi Selatan, Peraturan Daerah Kabupaten Bandung Nomor 9 tahun 2005 tentang Zakat, Infaq, dan Shadaqoh, Peraturan Daerah Kabupaten Garut Nomor 1 Tahun 2003 tentang Pengelolaan Zakat, Infaq, dan Shadaqah, dan Peraturan Daerah Kabupaten Banjarmasin Nomor 13 Tahun 2003 tentang Larangan Kegiatan Pada Bulan Ramadan dan sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Daerah Nomor 4 tahun 2005, dimana muatan materi dari keenam peraturan daerah tersebut sangat dipengaruhi oleh cara pandang agama atau syariat islam, maka dapat dilakukan dengan menggunakan asas hukum *lex superiori derogate legi inferiori* dengan mengacu pada tata urutan (hierarki) peraturan perundang-undangan sebagaimana diatur dalam pasal 7 Undang-Undang Nomor 10 tahun 2004 tentang Pembentukan peraturan perundang-undangan.

Dalam pengujian peraturan daerah yang bermuatan syariat terhadap peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi ini, penulis membatasi hanya pada Undang Undang Dasar tahun 1945 beserta perubahannya, Undang-Undang Nomor 10 tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, dan Undang-Undang Nomor 32 tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.

- a. Dinilai dari Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945

Adapun ketentuan dalam UUD 1945 yang dapat dipakai untuk menilai konstitusionalitas dan keabsahan materi

peraturan daerah yang bermuatan syariat adalah sebagai berikut :

Pasal 18 ayat (5) :

“Pemerintahan daerah menjalankan otonomi seluas-luasnya, kecuali urusan pemerintahan yang oleh undang-undang ditentukan sebagai urusan pemerintah pusat”.

Dalam pasal ini jelas ditentukan bahwa pemerintah daerah tidak berwenang untuk menjalankan urusan yang menjadi urusan (wewenang) pemerintah pusat. Salah satu bidang yang menjadi urusan pemerintah pusat adalah agama.¹¹

Pasal 27 ayat 1 :

“segala warga Negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya”.

Dari pasal ini jelas ditentukan bahwa setiap warga Negara mempunyai kedudukan yang sama didalam hukum, tanpa harus dibedakan karena perbedaan ras, suku, dan agama yang dianutnya.

b. Dinilai dengan Undang-undang No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah

Ada beberapa pasal yang dapat dipakai untuk menilai legalitas dan keabsahan peraturan daerah yang bermuatan syariat, yaitu :

o Pasal pasal 10 ayat (1) :

“Pemerintahan daerah menyelenggarakan urusan pemerintahan yang menjadi kewenangannya, kecuali urusan pemerintahan yang oleh undang-undang ini ditentukan menjadi urusan Pemerintah”.

Sedangkan dalam pasal 10 ayat (3) disebutkan :

“Urusan pemerintahan yang menjadi urusan Pemerintah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) meliputi : Politik luar negeri, pertahanan, keamanan, yustisi, moneter dan fiscal nasional, dan agama”.

¹¹ Lihat pasal 10 ayat (3) Undang-Undang Nomor 32 tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.

Dari ketentuan dalam pasal 10 ayat (1) dan ayat (3) jelaslah bahwa agama menjadi urusan pemerintah pusat. Dengan demikian pemerintah pusatlah yang mempunyai kewenangan untuk membuat kebijakan yang mengatur tentang persoalan agama termasuk syariat Islam. Sehingga apabila pemerintah daerah membuat peraturan daerah yang bermuatan syariat (agama), maka peraturan daerah tersebut adalah cacat yuridis (cacat wewenang) dan tidak absah karena pembentukannya tidak didasari pada kewenangan yang dimiliki.

Pasal 136 ayat (3) dan ayat (4) :

Ayat (3) : “peraturan daerah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) merupakan penjabaran lebih lanjut dari perundang-undangan yang lebih tinggi dengan memperhatikan ciri khas masing-masing daerah.

Ayat (4) : “peraturan daerah sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilarang bertentangan dengan kepentingan umum dan atau peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi”.

Sedangkan dalam pasal 138 ayat (1) dari Undang-Undang Nomor 32 tahun 2004 telah diatur tentang muatan materi peraturan daerah yang harus mengandung asas : pengayoman, kemanusiaan, kebangsaan, kekeluargaan, kenusantaraan, bhineka tunggal ika, keadilan, kesamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan, ketertiban dan kepastian hukum, dan/atau keseimbangan, keserasian, dan keselarasan.¹² Dengan demikian peraturan daerah yang dibuat dengan cara pandang satu agama tertentu atau bermuatan syariat islam, maka telah menyalahi ketentuan pasal 138 ayat (1) diatas, khususnya yang terkait dengan asas kenusantaraan, asas kebhineka tunggal ika-an, dan asas kesamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan.

Oleh karena itu, maka peraturan daerah yang demikian juga telah bertentangan dengan ketentuan pasal 136 ayat (4) Undang Undang Nomor 32 tahun 2004 tentang

¹² Pasal 138 ayat (1) Undang Undang Nomor 32 tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.

Pemerintahan Daerah, karena peraturan daerah tersebut telah bertentangan dengan kepentingan umum dan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, yaitu diantaranya pasal 138 ayat (1) Undang-Undang Nomor 32 tahun 2004. Adapun yang dimaksud dengan kepentingan umum dapat dilihat pada penjelasan pasal 136 ayat (4) Undang-Undang Nomor 32 tahun 2004, yaitu : kebijakan yang berakibat terganggunya keurukunan antar warga masyarakat, terganggunya pelayanan umum, dan terganggunya ketentraman/ketertiban umum serta kebijakan yang bersifat diskriminatif.

Hal ini juga diperkuat dengan adanya asas hukum *Lex superior derogate legi inferiori* yang mempunyai maksud hukum yang lebih tinggi mengalahkan hukum yang tingkatannya lebih rendah. Sedangkan peraturan daerah dalam tata urutan perundangan-undangan sudah jelas kedudukannya berada dibawah Undang Undang.¹³ Atas hal tersebut nyatalah bahwa Peraturan Daerah yang bermuatan syariat tersebut adalah cacat yuridis (cacat substansi) atau tidak absah dan oleh karena itu maka dapat dibatalkan atau bahkan batal demi hukum (*van rechtwege nietig*).

- c. Dinilai dengan Undang-undang No.11 Tahun 2012 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undang.

Berdasarkan ketentuan dalam Undang Undang Nomor 12 tahun 2011 diatur bahwa dalam pembentukan peraturan perundang-undangan (termasuk peraturan daerah) harus memenuhi asas formal (terkait dengan pembentukan peraturan perundang-undangan) dan asas substansial (terkait dengan muatan materi peraturan perundang-undangan) sebagaimana diatur dalam Pasal 5 dan Pasal 6 dari Undang-undang Nomor 12 Tahun 2011 tersebut.

- o Pasal 5 : “Dalam membentuk peraturan perundang-undangan harus berdasarkan pada asas pembentukan perundang-undangan yang baik yang meliputi :

¹³ Pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Nomor 10 tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

- a. Kejelasan tujuan;
- b. Kelembagaan atau organ pembentuk yang tepat;
- c. Kesesuaian antara jenis dan materi muatan;
- d. Dapat dilaksanakan;
- e. Kedayagunaan dan kehasilgunaan;
- f. Kejelasan rumusan; dan
- g. Keterbukaan.

Jika ketentuan pasal 5 ini dikaitkan dengan peraturan daerah yang bermuatan syariat, dan dikaitkan pula dengan pasal 10 ayat (3) Undang-Undang Nomor 32 tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, maka peraturan daerah yang bermuatan syariat tidak memenuhi atau melanggar ketentuan dalam pasal 5 ini yang mengatur tentang asas formal pembentukan peraturan perundang-undangan, khususnya huruf b yaitu asas kelembagaan yang tepat atau organ pembentuk yang tepat. Hal ini karena urusan agama bukan urusan pemerintahan daerah melainkan tetap menjadi urusan pemerintah pusat, sebagaimana diatur dalam pasal 10 ayat (3) Undang-Undang Nomor 32 tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.

- o Pasal 6 : “ Materi muatan peraturan perundang-undangan mengandung asas :
 - a. Pengayoman;
 - b. Kemanusiaan;
 - c. Kebangsaan;
 - d. Kekeluargaan;
 - e. Kenusantaraa;
 - f. Bhineka Tunggal Ika;
 - g. Keadilan;
 - h. Kesamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan;
 - i. Ketertiban dan kepastian hukum; dan/atau
 - j. Keseimbangan, keserasian, dan keselarasan.

Dengan demikian peraturan daerah yang dibuat dengan cara pandang satu agama tertentu atau bermuatan syariat islam, maka telah menyalahi ketentuan pasal 6 diatas, khususnya yang terkait dengan asas kenusantaraa,

asas kebhineka tunggal ika-an, dan asas kesamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan.

Oleh karena itu pula, maka peraturan daerah yang demikian juga telah bertentangan dengan ketentuan pasal 136 ayat (4) Undang Undang Nomor 32 tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, karena peraturan daerah tersebut telah bertentangan dengan kepentingan umum dan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, yaitu diantaranya pasal 6 Undang-Undang Nomor 12 tahun 2011. hal ini juga diperkuat dengan adanya asas hukum *Lex superior derogate legi inferiori* yang mempunyai maksud bahwa hukum yang lebih tinggi mengalahkan hukum yang tingkatannya lebih rendah. Sedangkan peraturan daerah dalam tata urutan perundangan-undangan sudah jelas kedudukannya berada dibawah Undang Undang.¹⁴ Atas hal tersebut nyatalah bahwa Peraturan Daerah yang bermuatan syariat tersebut adalah cacat yuridis (cacat substansi) atau tidak absah dan oleh karena itu maka dapat dibatalkan atau bahkan batal demi hukum (*van rechtwege nietig*).

Hal ini lebih diperkuat lagi dengan teori *Stufenbau De Recht* atau *The Hierarch Of Law* dari Hans Kelsen dan teori *Die Stufenbau de Rechtsordnung* atau *Die Stufenbau der Rechtsnormen* dari Hans Nawiasky yang menyatakan bahwa hukum adalah sah (*valid*) apabila dibuat oleh lembaga atau otoritas yang berwenang membentuknya dan didasarkan pada norma yang lebih tinggi, atas hal tersebut norma yang lebih rendah (*inferior*) dapat dibentuk dari norma yang lebih tinggi (*superior*). Selain itu hukum itu berjenjang-jenjang dan berlapis-lapis membentuk suatu tata urutan, di mana suatu norma yang lebih rendah berlakunya didasarkan pada norma yang lebih tinggi, sedangkan norma yang lebih tinggi berlakunya didasarkan pada norma yang lebih tinggi lagi, demikian seterusnya sampai pada suatu norma yang tidak bisa ditelusuri lebih lanjut

¹⁴ Pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Nomor 10 tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

dan bersifat hipotetis dan fiktif, yaitu norma dasar (*grundnorm*).¹⁵

C.PENUTUP

Peraturan daerah yang bermuatan syariat (Perda Syariat) tidak memenuhi atau melanggar ketentuan asas formal pembentukan peraturan perundang-undangan, khususnya asas kelembagaan yang tepat atau organ pembentuk yang tepat, hal ini karena urusan agama bukan urusan pemerintahan daerah melainkan tetap menjadi urusan pemerintah pusat, sebagaimana diatur dalam pasal 10 ayat (3) Undang-Undang Nomor 32 tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah. Selain itu Peraturan daerah yang bermuatan syariat tersebut juga melanggar ketentuan asas-asas muatan materi perundang-undangan, khususnya asas kenusantaraan, asas kebhineka tunggal ika-an, dan asas kesamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan. Oleh karena itu pula, maka peraturan daerah yang demikian juga telah bertentangan dengan ketentuan pasal 136 ayat (4) Undang Undang Nomor 32 tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, karena peraturan daerah tersebut telah bertentangan dengan kepentingan umum dan atau peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, yaitu diantaranya pasal 6 Undang-Undang Nomor 12 tahun 2011 dan Undang-Undang Nomor 32 tahun 2004. Atas hal tersebut nyatalah bahwa Peraturan Daerah yang bermuatan syariat tersebut adalah cacat yuridis dan tidak absah dan oleh karena itu maka dapat dibatalkan atau bahkan batal demi hukum (*van rechtwege nietig*).

DAFTAR PUSTAKA

Agussalim Andi G, *Pemerintahan Daerah, Kajian Politik dan Hukum*, Ghalia Indonesia, Bogor, 2007.

Ahmad Syahrizal, *Peradilan Konstitusi (suatu studi tentang adjudikasi konstitusional sebagai mekanisme penyelesaian sengketa normative)*, PT Pradnya Paramita, Jakarta, 2006.

Ateng Syafruddin, *Pasang Surut Otonomi Daerah*, Binacipta, Bandung, 1985.

¹⁵ Hans Kelsen, hal. 124.

- Ateng Syarifuddin, *Pemerintahan Daerah dan Pembangunan*, Sumur Press, Bandung, 1973.
- A. Hamid S. Attamimi, *Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara (suatu Studi analisis mengenai Keputusan Presiden yang berfungsi pengaturan dalam kurun waktu Pelita I – Pelita IV)*, Disertasi Doktor Universitas Indonesia, Jakarta, 1990 .
- A. Hamid S. Attamimi, *Perbedaan Antara Peraturan Perundang-undangan dan Peraturan Kebijakan*, Pidato Dies Natalis PTIK ke-46, Jakarta, 17 Juni 1992.
- A. Mukti Fajar, *Konsep Negara Hukum dan Pembangunan*, master thesis, 1985.
- Hans Kelsen, *Teori Umum tentang Hukum dan Negara*, Nuansa dan Nusamedia, Bandung, 2006.
- Hardjono, *Mahkamah Konstitusi Dalam Sistem Ketatanegaraan Republik Indoensia*, Makalah, 2007.
- Hardjono, *Lembaga Negara Dalam UUD 1945*, Makalah, 2007.
- H.M. Laica Marzuki, *Berjalan-jalan di Ranah Hukum*, Buku kesatu, Sekjend dan Kepaniteraan MK, Jakarta, 2006.
- Indrawati, *Menguji Peraturan Daerah Yang Diskriminatif (Suatu Tinjauan terhadap Peraturan Daerah Kota Tangerang No. 8 Seri E Tahun 2008 dan Peraturan Daerah Kota Batam No. 6 Tahun 2002)*, YURIDIKA, Surabaya, 2006.
- Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Konstitusi Press, Jakarta, 2006.
- Jimly Asshiddiqie, *Perihal Undang-Undang*, Konstitusi Press, Jakarta, 2006.
- Johnny Ibrahim, *Teori & Metode Penelitian Hukum Normatif*, Bayumedia, Malang, 2007.
- Jurnal, *Tashwirul Afkar*, Lakpesdam NU, Jakarta, edisi no. 20 tahun 2006.

- Maria Farida Indrati, *Ilmu Perundang-Undangan, Jenis, Fungsi, dan Materi Muatan*, Buku I, Penerbit Kanisius, Yogyakarta, 2007.
- Maria Farida Indrati, *Ilmu Perundang-Undangan, Proses dan Teknik Pembentukannya*, Buku II, Penerbit Kanisius, Yogyakarta, 2007.
- Mustmin Dg Matutu et.al., *Mandat, Delegasi, Atribusi, dan Implementasinya di Indonesia*, UII Press, Yogyakarta.
- Ni'matul Huda, *Pengawasan Pusat Terhadap Daerah Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah*, FH UII Press, Yogyakarta, 2007.
- Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2006
- Philipus M. Hadjon et. al., *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Gaja Mada University Press, Yogyakarta, 2002.
- Philipus M. Hadjon, *Klasifikasi dan Identifikasi Cacat Yuridis dalam Bidang Tata Usaha Negara*, makalah.
- Philipus M. Hadjon, *Pemerintahan Menurut Hukum (Wet en Rechmatige Bestuur)*, YURIDIKA, Surabaya, 1993.
- Siti Musdah Mulia, *Peminggiran Perempuan Dalam Perda Syariah*, Jurnal Tashwirul Afkar, edisi no. 20 tahun 2006.
- The Liang Gie, *Pertumbuhan Pemerintahan Daerah di Negara Republik Indonesia*, Liberty, Yogyakarta, 1967.
- Yamin, *Proklamasi dan Konstitusi Republik Indonesia (Cet. IV)*, Djambatan, Jakarta, 1960.
- Victor Silaen, *Perda Bias Agama di Metropolitan*, www.google.com. Pilihan Kata Perda Syariah.
- Zubair Umam & Syamsurijal Ad'ham, *Perdaisasi Syariah Islam di Bulukumba*, Jurnal Tashwirul Afkar, Lakpesdam NU, edisi No. 20 tahun 2006.

Peraturan Perundangan-undangan :

- Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman
- Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung
- Peraturan Daerah DKI Jakarta Nomor 8 Tahun 2007 tentang Ketertiban Umum.
- Peraturan Daerah Kabupaten Bulukumba Nomor 05 tahun 2003 tentang Berpakaian Muslim dan Muslimah.
- Peraturan Daerah Sulawesi Selatan Nomor 4 tahun 2006 tentang Pendidikan Al-Qur'an di Sulawesi Selatan
- Peraturan Daerah Kabupaten Bandung Nomor 9 tahun 2005 tentang Zakat, Infaq, dan Shadaqoh
- Peraturan Daerah Kabupaten Garut Nomor 1 Tahun 2003 tentang Pengelolaan Zakat, Infaq, dan Shadaqah
- Peraturan Daerah Kabupaten Banjarmasin Nomor 13 Tahun 2003 tentang Larangan Kegiatan Pada Bulan Ramadhan sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Daerah Nomor 4 tahun 2005